

SECCION VI.—De la pérdida de la cosa debida

§ I.—PRINCIPIO.

508. “Cuando perece el cuerpo cierto y determinado que era objeto de la obligación, se extingue ésta, si la cosa ha perecido sin culpa del deudor y antes de que hubiese sido demandado” (art. 1,302.) ¿Por qué y en qué sentido se extingue la obligación? No puede haber deuda, dice Pothier, sin que haya algo debido, que sea materia y objeto de la obligación; de donde se sigue que cuando perece la cosa

1 Colmot de Santerre, t. V, pág. 483, núm. 255 bis III.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 13, pfo. 330.

que es debida ya no puede haber obligación, supuesto que ya nada queda que pueda ser objeto y materia. (1) En este sentido, se dice, que de todas las causas de extinción de las obligaciones, la pérdida de la cosa es la más radical y la más decisiva. (2)

Fáltale la materia á la obligación; en lo sucesivo las cosas son como si desde el principio el convenio hubiese carecido de una cosa cierta que formase el objeto del compromiso, lo que es una de las cuatro condiciones esenciales para la validez de los convenios. Hay más: un objeto cierto es una de esas condiciones que la doctrina exige para la existencia de una obligación; de suerte que cuando falta el objeto, la obligación cesa de existir.

El art. 1,302 supone que se trata de una obligación de dar. Si la cosa perece, el deudor ya no puede estar obligado á dar la cosa, supuesto que ya no existe, y nadie está obligado á lo imposible. Luego queda descargado. ¿Pero en qué sentido? ¿Si se trata de un contrato sinalagmático, la otra parte permanecerá ligada á sus obligaciones? El artículo 1,138 contesta la pregunta, cargando los riesgos al acreedor. Así es que el vendedor queda libre de su obligación de entregar la cosa, y conserva su derecho contra el comprador, el cual reporta el riesgo, en el sentido de que debe pagar el precio, aunque la acción haya perecido antes de la entrega. Ya en otro lugar dijimos cuál es el fundamento de este principio. Los autores del Código lo relacionan con la transmisión de la propiedad. Jaubert, el relator del Tribunado, repite, con motivo del art. 1,302, lo que Bigot-Préameneu dice sobre el art. 1,138. "Es de principio, dícese, que la deuda de un cuerpo cierto se extingue cuando el cuerpo perece; lo que se funda en esta antigua

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 649.

2 Nicías Gaillard, Requisitoria (Daloz, *Compilación periódica*, 1856, 1, 38).

máxima: *Res Perit Domino*, la cosa perece para el propietario." Error es éste que los intérpretes han hecho mal en reproducir, aun cuando solo sea como motivo secundario. (1) En el antiguo derecho, la propiedad no se transmitía al comprador antes que la tradición, y, no obstante, el vendedor quedaba descargado por su pérdida de la cosa; y, según el art. 1,302, el vendedor no queda descargado por la pérdida de la cosa cuando se le demanda para que la entregue, por más que la demanda no impida que el comprador sea propietario. Así es que hay que prescindir de la máxima citada por Jaubert, la que no se aplica sino en materia de obligaciones.

509. El principio establecido por el art. 1,302 no se aplica exclusivamente á la obligación de dar. Si el deudor queda libre, es porque se halla á la imposibilidad de prestar la cosa, sin que dicha imposibilidad pueda imputársele. Y puede también ser imposible al deudor de una obligación cumplir con ella, á causa de un caso fortuito que no puede imputársele; es preciso, en este caso, decir de él lo que se dice del vendedor: Nadie está obligado á lo imposible. Existe, sin embargo, una importante diferencia entre la obligación de dar y la obligación de hacer, en lo concerniente á las consecuencias de la liberación del deudor. En las obligaciones de dar, el deudor, si al mismo tiempo es acreedor, conserva su derecho contra la otra parte contrayente; mientras que en las obligaciones de hacer, el deudor no queda descargado sino en el sentido que no está obligado á daños y perjuicios si se encuentra en la imposibilidad de cumplir su obligación por caso fortuito; pero él no puede exigir á la otra parte lo que ésta le había prometido. ¿Cuáles son los motivos de esta diferencia que

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 334, núm. 442. Jaubert, Informe, número 25 (Locró, t. VI, pág. 217).

existe entre las obligaciones de hacer y las obligaciones de dar? Desde luego hay que prescindir del art. 1,138 que supone la pérdida de una cosa que el deudor estaba obligado á conservar; en las obligaciones de hacer, no se trata de conservar una cosa. Por lo mismo, el motivo que justifica el art. 1,138 no puede invocarse por el deudor; al contrario, arguye contra él. ¿Por qué el deudor, á la vez que queda descargado de su obligación de dar, puede pedir el pago del precio? Porque ha cumplido su obligación conservando la cosa con el esmero de un buen padre de familia; habiendo cumplido su obligación, tiene derecho á exigir que el comprador cumpla la suya. No sucede lo mismo con el que está obligado á hacer; si no se puede forzarlo á que haga lo que un caso fortuito le ha impedido hacer, de todas suertes él no hizo lo que estaba obligado á hacer; no estando cumplida su obligación, la correlativa contraída por la otra parte deja de tener causa, y el contrato queda sin ejecución. (1)

§ II.—CONDICIONES.

Núm. 1. Pérdida de la cosa.

510. Es preciso que el cuerpo cierto y determinado que es objeto de la obligación perezca, lo que supone una destrucción total de la cosa; el art. 1,302 asimila á la pérdida los casos en que la cosa se pone fuera del comercio, ó se pierde de manera que absolutamente se ignore su existencia. Prescindimos de este último caso, que la ley erróneamente pone en la misma línea que la destrucción de la cosa; si la cosa se ha perdido únicamente, existe todavía, y puede ser encontrada; luego también subsiste la obliga-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 491, núm. 260 bis IV. Toullier, t. IV, 1, pág. 348, núm. 402. Marcadé, t. IV, pág. 651, núm. 4 del art. 1,302.

ción, que no se extinguirá sino cuando se tenga la certeza de que la cosa ha cesado de existir. Cuando la cosa se pone fuera del comercio, existe todavía materialmente, pero legalmente ya no existe, supuesto que, por los términos del art. 1,128, "únicamente pueden ser objeto de convenio las cosas que se hallan en el comercio." Así pues, cuando la cosa estaba en el comercio al celebrarse el contrato y posteriormente se pone fuera del comercio, el convenio carece de objeto; luego está extinguida la obligación del deudor. Esto sucede, dice Pothier, cuando la cosa es expropiada por causa de utilidad pública; destinada á un servicio público, por este solo hecho se pone fuera del comercio. El relator del Tribunado agrega que la indemnización que el Gobierno paga al que es expropiado recae en el acreedor. ¿Resulta de esto que el deudor debe pagar esa indemnización al acreedor? Nó, dice Jaubert, él no está obligado más que á cederle sus derechos y sus acciones contra el Estado que expropia. (1) Esto no es exacto, como vamos á decirlo. Lo que se expropia es un cuerpo cierto y determinado; luego hay que aplicar el principio de que la propiedad se transfiere al acreedor por el solo efecto del contrato; ahora bien, al propietario es á quien se paga la indemnización; luego el deudor nada tiene que cederle, ni á nada está obligado.

511. El art. 1,303 dice que en caso de pérdida, el deudor está obligado, si hay algunos derechos ó acciones de indemnización con relación á la cosa perdida, puesta fuera del comercio ó pérdida, de cederlos á su acreedor. Todos los autores hacen observar que este principio, verdadero en la antigua jurisprudencia, ya no lo es en nuestro nuevo derecho. En el antiguo derecho, la propiedad no se trans-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 650. Jaubert, *Informe*, número 59 (Loché, t. VI, pág. 218). Durantou, t. XII, pág. 595, número 494.

fería sino por la tradición; permaneciendo propietario el vendedor, á él correspondían las acciones relativas á la cosa vendida, tales como la acción de indemnización en caso de expropiación, la acción contra el ladrón si la cosa era robada; él debía cederla al acreedor que tenía derecho en virtud del contrato, á todas las acciones concernientes á la cosa vendida. En nuestro derecho moderno, la cosa vendida es la propiedad del comprador desde el instante en que el contrato se perfecciona; luego su cosa es lo que se expropia ó roba, y, por consiguiente, á él corresponden las acciones. Los autores del Código han mantenido, por descuido, una consecuencia de los antiguos principios que habían abolido por el art. 1,138. El art. 1,302 no tendría aplicación hoy sino cuando las partes hubiesen convenido en que la propiedad no fuese transferida sino por la tradición; en este caso, el vendedor debería ceder al comprador los derechos y acciones que él puede tener con respecto á la cosa.

512. Se ha fallado, por aplicación del art. 1,303, que el deudor, en caso de incendio del inmueble por él hipotecado, está obligado á ceder á los acreedores hipotecarios su acción de indemnización contra el asegurado del inmueble. (1) Este es un error. El deudor que da un inmueble en hipoteca, no es deudor del inmueble; la hipoteca no es más que una garantía del acreedor; su derecho es un derecho real que perece con la cosa en la cual lo ejercita. Si el deudor tiene una acción de indemnización contra el asegurador en caso de incendio, esta acción se deriva de un contrato al cual es extraño el acreedor hipotecario; luego la acción no nace de la pérdida de la cosa, y no hay más que las acciones resultantes de la pérdida de la cosa que el acreedor puede ejercitar y que deben cedérsele, según.

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 354, núm. 476. Mourlon, t. II, pág. 776, núm. 1,479. Colmet de Santerre, t. V, pág. 490, núm. 260 bis II.

el artículo 1,303. Los acreedores hipotecarios no tendrían derecho á la prima, sino cuando se les hubiese cedido la acción de indemnización. (1) Nuestra ley hipotecaria ha resuelto la dificultad. Volverémos á insistir en el título "De los Privilegios é Hipotecas" (t. XXXI, núm. 400).

513. El art. 1,302 supone que la pérdida es total. Si queda una parte de la cosa, la obligación subsiste por esta parte. Esto no tiene duda, dice Pothier; en efecto, en tanto que quede una cosa que pueda ser objeto de una obligación, no hay razón para que ésta se extinga. Había, sin embargo, una gran controversia en el antiguo derecho, cuando lo que queda de la cosa no puede considerarse como una parte de la cosa. Un buey perece sin que tenga culpa el vendedor: ¿el comprador tiene derecho á la piel? Pothier se resuelve por la afirmativa, en derecho y en equidad. No tomamos parte en esta discusión, porque en nuestro derecho moderno, carece, por lo común, de interés: siendo el acreedor propietario de la cosa, se subentiende que lo que de ella queda le pertenece. No obstante, puede todavía presentarse la cuestión si se tratase de cosas accesorias prometidas para el uso y el servicio de la cosa principal. Esta sería una cuestión de intención. El acreedor tendría derecho á ellas, á pesar de la pérdida de la cosa principal, si tal hubiese sido la intención de las partes contrayentes; pero puede también ser su voluntad que al perecer la cosa principal, no se deban los accesorios. Esta es una cuestión de hecho. (2)

Núm. 2. Una cosa determinada.

514. Según el art. 1,302, la pérdida de la cosa no descar-

1 Grenoble, 27 de Febrero de 1834 (Daloz, *Seguro terrestre*, número 84. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 490, núm. 260 bis III; Aubry y Rau, t. IV, pág. 244, nota 5, pfo. 331.

2 Pothier, núm. 669. Colmet de Santerre, t. V, pág. 489, número 260 bis I.

ga al deudor sino cuando la deuda tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado. Si se trata de cosas indeterminadas, entonces la cuestión no es de extinción de la obligación por la pérdida de la cosa, porque una cosa indeterminada no perece. Por aplicación de este principio es por lo que el deudor de una suma de dinero no queda libre por el incendio de todo lo que le pertenece; él no era deudor de lo que ha perecido, y la cosa de la que era deudor no puede perecer. Pero agrega Pothier, si el deudor hubiese hecho ofertas reales, la cosa se vuelve determinada y, por consiguiente, quedaría á cuenta y riesgo del acreedor. Esto no es dudoso cuando se consigna la cosa; el art. 1,257 así lo dice. ¿Cuál es el efecto de las ofertas en cuanto á los riesgos mientras que el deudor no ha consignado? Ya teníamos examinada antes la cuestión (núm. 198).

515. El principio establecido por el art. 1,302 recibe una restricción cuando la cosa debida, aunque indeterminada, forma una porción de un número determinado de ciertas cosas. Pothier dice que en este caso la obligación "puede" extinguirse por la pérdida de todas aquellas cosas. Así pues, hay casos en los cuales la obligación se extingue, y los hay en los cuales no se extingue. Si la designación de las cosas es limitativa, se extinguirá la obligación; si únicamente es demostrativa, la obligación no se extinguirá. Yo te vendo una barrica de vino que tengo en tal ó cual bodega; una inundación se lleva todo el vino que está en la bodega; la obligación se extingue, porque estaba limitada á un cierto número de objetos; por lo mismo, el principio del art. 1,302 puede aplicarse. Pero si vendo una barrica de vino que ha de tomarse de las que hay en mi bodega, mi obligación subsiste, aun cuando todo el vino que había en esa bodega hubiese perecido por caso fortuito; la designación, en este caso, no es limitativa, no es más que demostrativa. ¿Cuándo es limitativa la designación?

¿Cuándo no es más que demostrativa? Esto es una cuestión de hecho, porque, antes que todo, es una cuestión de intención; el juez la resolverá según las circunstancias de la causa, consultando los términos de que en partes se han servido, sin darles, sin embargo, mucha importancia, en razón de la ignorancia ó de la negligencia de los que formulan las escrituras. Tal es la observación de Toullier y, por desgracia, es muy fundada. (1)

Núm 3. Caso fortuito.

516. Para que la pérdida de la cosa descargue al deudor, es preciso que sin su culpa haya perecido, dice el artículo 1,302; es decir, por caso fortuito. Entiéndese por caso fortuito acontecimientos de la naturaleza ó hechos del hombre á los que el deudor no pudo resistir. Para que haya caso fortuito, es preciso que no haya sido causado por culpa del deudor, de lo contrario es responsable. Es importante la observación para uno de los casos que comunmente citan los autores, el incendio; cuando no se trata del fuego del cielo, lo más frecuente es el resultado de una negligencia; es decir, de una falta, y entonces cesa de ser un caso fortuito. Insistiremos acerca de este punto en el título "Del Alquiler." Hay que observar además que no toda falta hace al deudor responsable en materia de obligaciones convencionales; remitimos al lector á lo que se dijo sobre la teoría de las faltas. Por último, el deudor puede estar obligado á los casos fortuitos en virtud del convenio. Para esto se necesita una cláusula formal, supuesto que se deroga el derecho común. Pothier, que se preocupa siempre por la equidad, cuida de decir que esta cláusula nada tiene de contrario á la equidad que debe rei-

1 Potier, *De las Obligaciones*, núm. 659. Toullier, t. IV, pág. 33, núm. 445.

nar en los contratos. Si un jornalero se encarga de labrar una piedra, y si ésta se rompe por vicio de la materia, será responsable si tomó á su cuenta los riesgos; pero, dice Pothier, será indemnizado por el precio más elevado que haya estipulado por su trabajo. Puede, no obstante, suceder que el deudor no sea indemnizado; en este caso la cláusula por la cual toma los riesgos será una verdadera liberalidad, al menos en cuanto al fondo, y entonces se aplican los principios que rigen las liberalidades. (1)

517. ¿Debe considerarse como caso fortuito, del que no es responsable el deudor, la orden dada por la autoridad comunal para demoler una casa? Tratarémos la cuestión en el título "Del Arrendamiento."

Acerca de esta cuestión hay dos sentencias de la Corte de Paris que parecen contradictorias. Creemos que contienen la aplicación de los principios que acabamos de exponer. El hecho tiene un gran papel en estos debates, en el sentido de que el juez debe ver si la demolición se ordenó á causa de una falta del propietario. Tal era el caso en uno de los que juzgó la Corte de Paris. Se lee en la sentencia que la obligación impuesta al propietario de demoler la fachada de su casa y de reconstruirla fué el resultado, en gran parte, del pésimo estado de las paredes. Esto era decisivo; el locatario tenía por lo mismo derecho á una indemnización, como reparación del perjuicio que había sufrido con los trabajos; en el otro caso, el perito había demostrado que el estado de degradación y de ruina en que se hallaba el edificio provenía de la vetustez y de la naturaleza de la construcción, y que este estado de cosas no podía atribuirse á ninguna de las partes; que no había modo de poner remedio al mal con reparaciones parciales; y de hecho, se negó la autorización que el propie-

1 Pothier, núm. 668. Colmet de Santerre, t. V. pág. 487, número 257 bis II.

tario pidió para ejecutar trabajos de reparación. En estas circunstancias la demolición parcial era una cuestión de alineamiento; y el alineamiento ordenado por vetustez es un caso de fuerza mayor del cual no puede ser responsable el propietario, porque es el primero que con ello padece. (1)

518. La guerra y sus necesidades son hechos de fuerza mayor que ponen al deudor en la imposibilidad de cumplir sus compromisos. Se ha preguntado si la extinción de la obligación es definitiva, ó si, cesando el caso de fuerza mayor, el contrato recobra su imperio. La Corte de Casación falló que el caso fortuito tiene un efecto resolutorio sobre los convenios; de lo que resulta, no un simple efecto dilatorio, sino una extinción definitiva. ¿No es demasiado absoluta esta resolución? Esto depende, á nuestro juicio, de la naturaleza de los contratos; los convenios obligan á las partes como una ley; la imposibilidad de ejecutar la ley, puede ser nada más momentánea; si las cosas permanecen íntegras, en el sentido de que el convenio es susceptible de ejecutarse tal como se había contraído, debe resolverse que la fuerza mayor tendrá únicamente por efecto suspender la ejecución del convenio. En el caso que se presentó ante la Corte, se trataba de una venta de semillas cuya entrega debía efectuarse en épocas determinadas, en cantidad de doscientas cargas, y á fines de Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre. La Corte de París resolvió que la ejecución del contrato se había hecho imposible á causa de la invasión de París, la cual, habiendo comenzado desde el 16 de Septiembre de 1870, duró hasta Febrero de 1871. El comprador pretendía que el contrato

1 París, 8 de Marzo de 1841, y 19 de Agosto de 1839 (*Dalloz Fuerza mayor*, núm. 29. Compárese Nancy, 31 de Agosto de 1867 (*Dalloz*, 1868, 2, 150).

debía ejecutarse después que cesó el estado de sitio. Esto equivaldría, dice la Corte, á modificar arbitrariamente los convenios de las partes y á crear un contrato nuevo, y los jueces notienen derecho para ello; deben, ú ordenar la ejecución del contrato, ó pronunciar su resolución. En estas circunstancias, no era dudosa la resolución. (1) Así, pues, la sentencia se funda en las circunstancias de la causa; no se la debe considerar como una resolución absoluta, aplicable á todos los casos de fuerza mayor.

Núm. 4. Culpa del deudor.

519. El art. 1,302 dice: que la pérdida de la cosa no acarrea la extinción de la obligación cuando la cosa pereció por "culpa" del deudor. ¿Qué debe resolverse si la cosa perece por "hecho" del deudor sin que haya "culpa?" Pothier responde que la extinción de la cosa debida no descarga al deudor sino cuando ha acontecido sin el hecho ni la culpa del deudor. Los autores del Código han transcrito en el art. 1,302 lo que Pothier dice en el núm. 661, omitiendo la palabra "hecho." ¿Debe inferirse de esto que han querido derogar la opinión de Pothier? La negativa nos parece clara. Sí, dice Pothier, la pérdida ha acontecido por el hecho del deudor, es evidente que la obligación no debe extinguirse y que debe convertirse en la obligación del precio de aquella cosa; porque el deudor no puede por su hecho descargarse de su obligación y hacer que el acreedor pierda su crédito. Tal es la decisión de las leyes romanas, y tales son los verdaderos principios; acerca de este punto, no hay duda alguna. Queda por averiguar si los textos del Código permiten que se admita esta doctrina. Hay dos artículos que prueban que los autores del Código han permanecido fieles á la doctrina romana.

1 Denegada, 14 de Mayo de 1872 (Daloz, 1873, 1, 78).

El art. 1,042 decide que el legado caduca cuando la cosa legada ha perecido desde la muerte del testador, sin el "hecho" y la "culpa" del heredero; luego éste, deudor de un cuerpo cierto, es responsable de la pérdida ocurrida por su hecho; si esto es así respecto de la obligación de entregar nacida de un testamento, debe ser lo mismo respecto de la obligación de entregar nacida de un contrato. El artículo 1,245 lo dice positivamente: el deudor es responsable de los deterioros que provienen de su "hecho;" lo que el Código dice de la pérdida parcial en el art. 1,245, debe extenderse á la pérdida total porque es idéntica la razón para decidir. Tal es la opinión de todos los autores. (1)

520. La pérdida de la cosa suscita una dificultad de prueba. ¿Quién debe probar que la cosa pareció por culpa del deudor, ó que perció por caso fortuito? Según los términos del art. 1,302, el deudor está obligado á probar el caso fortuito que alega. Así es que el acreedor no debe probar la culpa del deudor. Esto no es más que la aplicación de los principios que rigen la prueba. El actor debe probar el fundamento de su demanda; luego debe probar que el crédito existe; si el deudor pretende estar descargado, debe procurar la prueba de su liberación. Ahora bien, el deudor no queda descargado por el hecho de la pérdida de la cosa, y no lo está sino cuando ésta ha perecido por caso fortuito. Luego debe probar el caso fortuito que alega como causa de su liberación. No obstante, si el acreedor sostuviera que el caso fortuito fué causado por culpa del deudor, deberá procurar la prueba; porque esta es una excepción ó réplica, que él lo pone á la demanda de liberación. (2)

1 Toullier, t. IV, pág. 351, núm. 466. Colmet de Santerre, t. V, pág. 485, núm. 256 bis III.

2 Pothier, núm. 656. Colmet de Santerre, t. V, pág. 488, número 258 bis.

521. El Código supone que no hay más que un solo deudor; puede haber varios, sea solidarios, sea no solidarios, y puede haber un deudor principal y un fiador. ¿Quién responde de la pérdida ocurrida por hecho de uno de los deudores, por hecho del deudor principal, ó por hecho del fiador?

Cuando hay varios deudores solidarios y cuando la cosa perece por culpa de uno de ellos, el art. 1,205 decide que la pérdida no descarga á los demás deudores, la obligación se perpetúa á su respecto; deben ellos el valor de la cosa perdida, y lo deben solidariamente; el deudor que ha hecho que la cosa perezca debe además los daños y perjuicios, si ha lugar. Remitimos al lector á lo que se dijo sobre la solidaridad (t. XVII, núm. 311).

Si los deudores no son solidarios, el hecho ó la culpa de uno de ellos es un caso fortuito para los demás, por lo que quedan liberados; el acreedor no tiene acción de daños y perjuicios sino contra aquel de los deudores que hizo perecer la cosa. Esto pasaría con varios herederos entre los cuales se divide la deuda, cada uno no está obligado sino por su parte, sin solidaridad; de donde se sigue que cada cual no es responsable sino de sus hechos. El hecho de un heredero es respecto á los demás el hecho de un extraño; es decir, un caso fortuito. (1)

Si la cosa perece por hecho del deudor principal, el fiador no queda exonerado, porque responde por este hecho. El deudor principal está obligado por la pérdida ocurrida por su hecho; ahora bien, el fiador garantiza no solamente la obligación principal del deudor, sino también todas las obligaciones secundarias que de ellas se derivan: tal es la responsabilidad que incumbe al deudor con motivo de la pérdida de la cosa. Pero el deudor principal no responde de los hechos del fiador; luego si la cosa pereciese

1 Pothier, núm. 667. Duranton, t. XII, pág. 611, núm. 511.

por el hecho del fiador, el acreedor no tendría acción sino contra éste, el deudor quedaría descargado como lo está por el hecho de un tercero, porque este hecho es para él un caso fortuito. (1)

Núm. 5. De la moratoria del deudor.

522. El deudor que incurre en moratoria es responsable de la pérdida de la cosa, aun cuando ocurriese por caso fortuito (arts. 1,302 y 1,138). Este es uno de los efectos de la moratoria. La ley supone que si la cosa hubiese sido entregada al acreedor, no habría perecido; así, pues, la moratoria implica que la pérdida se debe á la culpa del deudor, lo que lo hace responsable. De aquí el art. 1,302 concluye que el deudor no responde del caso fortuito, aunque incurra en moratoria, en el caso en que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado; en este caso, la moratoria no causa ningún daño al acreedor, y el deudor sólo debe responder del daño que cause. ¿Cuándo puede decirse que la cosa habría perecido en poder del acreedor? Esta es una cuestión de hecho. Ella permite que el juez tome en consideración todas las circunstancias de la causa. El acreedor puede decir que á la verdad el caso fortuito habría hecho perecer la cosa en su poder si allí se hubiese encontrado, pero que él la habría enagenado si se le hubiese entregado. El juez tendrá en cuenta esta excepción si es justificada; Pothier dice que fácilmente se presumirá que la cosa no hubiese perecido igualmente en poder del acreedor si éste fuese un comerciante que la compraba para revenderla. (2) El juez puede decidir la contienda por presunciones, puesto que se trata de casos fortuitos y de hechos de los que el acreedor no ha podido procurarse una prueba literal.

1 Pothier, núm. 665. Mourlon t. II, pág. 775, núms. 474 y 475.

2 Pothier, núm. 664. Duranton, t. XII, pág. 606, núm. 503.

523. El art. 1,302 agrega: "De cualquiera manera que la cosa robada haya perecido ó se haya perdido, su pérdida no dispensa al que la ha substraído de la restitución del precio." Síguese de aquí que el caso fortuito no exonera al deudor. En este sentido, se dice, que el ladrón incurre siempre en moratoria; es inútil hacerle una intimación, porque el delito que ha cometido lo ha obligado á restituir lo que subtrajo. ¿Pero el ladrón puede oponer la excepción que la ley otorga al deudor ordinario, admitiéndolo á probar que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del propietario? La cuestión es controvertida. Debe decidirse negativamente, á nuestro juicio. Esta era la opinión de Pothier: "No se entra, dice él, en la discusión de saber si la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor, en lo tocante á la restitución de las cosas debidas por lo que las robaron; éstos están *indistintamente* obligados por el precio de la cosa cuando ha perecido en sus manos." Los autores del Código han seguido la doctrina de Pothier sobre este punto, como sobre todos los demás concernientes á la pérdida de la cosa debida; el conjunto del art. 1,302 lo prueba. Dicese primero, que la pérdida de la cosa descarga al deudor, á menos que incurra en moratoria; y aun estándolo, su obligación se extingue si prueba que la cosa habría perecido igualmente en poder del acreedor. Después el artículo añade: "*de cualquier manera* que la cosa robada haya perecido, el ladrón debe restituir el precio." Estas palabras "de cualquier manera" dan la idea de lo que Pothier expresaba por la palabra "indistintamente;" la ley dice que no hay que hacer distinción, lo que decide la cuestión. Se hace, sin embargo, una objeción, y es seria. Es contrario á la equidad y al derecho, dicese, que el propietario se enriquezca á expensas del ladrón; y ¿no es enriquecerse á sus expensas el exigirle el precio de una cosa que habría perecido igualmente en poder del propietario

si no hubiese sido robada? Así debería decidirse en teoría; pero la teoría está en oposición con la tradición y con el texto de la ley que la confirma. Se puede, por lo demás, justificar la decisión de Pothier; no corresponde al ladrón excusarse invocando el caso fortuito para su liberación; las más de las veces el propietario robado no tiene más que una acción irrisoria, cuando el ladrón es insolvente y la cosa robada ha desaparecido; ¿no es equitativo que el propietario tenga una compensación cuando la cosa perece en las manos del ladrón y cuando éste, por casualidad, es solvente? (1)

Núm. 6. Contrato liso y llano.

524. La cuestión de la extinción de las obligaciones por la pérdida de la cosa debida, se enlaza con la de los riesgos. En otro lugar hemos desarrollado el principio establecido por el art. 1,238: el acreedor reporta el riesgo. En los diversos títulos que tratan de los contratos, examinaremos las dificultades que se presentan en la aplicación del principio.

525. El principio del art. 1,302 no se aplica más que á los contratos lisos y llanos, en el sentido de que en los contratos condicionales, la cosa perece por el deudor. ¿Qué debe decidirse si el contrato se hace con condición resolutoria ó bajo una alternativa? Remitimos al lector á lo que se dijo sobre el efecto de la condición resolutoria y sobre la alternativa.

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 352, núm. 468. Marcadé, t. IV, pág. 647 y siguientes. Mourlon, t. II, pág. 775, núm. 1,478. Colmet de Santerre, t. V, pág. 488, núm. 259 bis. En sentido contrario, Duranton, t. XII, pág. 608, núm. 506; Aubry y Rau, t. IV, pág. 244, nota 6, pfo. 331.